

# **LA COSTUMBRE EN EL DERECHO FORAL-VIZCAINO**

**EDUARDO BARREDA**

Dice el Rey Sabio, Alfonso X de Castilla, en su Primera Partida, Ley IV, Título II:

«Uso es cosa que nace de aquellas cosas que home dice e face, e sigue continuadamente por gran tiempo, e sin embargo ninguno.

«Costume es derecho o fuero que non es scripto, el cual lo han usado los homes luengo tiempo ayudándose de él en las cosas e en las razones sobre que la usaran.

«Fuero es cosa en que se encierran dos cosas que habemos dicho, uso e costume, que cada una de ellas ha de entrar en fuero para ser firme».

En ella y con gran acierto, señala Adrián Celaya (1) se articula la elaboración y paso del derecho consuetudinario al Derecho escrito.

Dicho esto, queda pues claro el valor fundamental que la costumbre representa en el nacimiento del Fuero, y ello se confirma con que constantemente se invoca en todo texto foral a la misma.

Y es que, como dice el profesor A. Celaya (2) «los fueros y costumbres de Vizcaya, no escritos, son antiquísimos, de modo que imposible determinar con fecha exacta en qué se formaron», esto es, antes de ser «fuero», eran costumbres; y antes, usos, o prácticas repetidas que se convirtieron en consuetudinarias.

Ahora bien, nuestras costumbres si bien son vetustas, no así el Fuero como Ley escrita, pues las afirmaciones de Ibargüen, Iturriza y Fontecha, que quieren remontar el Fuero de la época de Tubal, y además en versión versificada; o a versiones euskéricas, que se promulgaron en Forua y que

---

(1) A. Celaya- El Dº Foral de Vizcaya en la Actualidad-G.E.V. Tomo IV, pág. 61;

(2) V.O.C.;

(3) B. de Echegaray-Dº Foral Privado, Pag. 12 y 13.

fueron modificadas por el legendario Jaun Zuria o Juan Zuria, lo que como acertadamente afirman Echegaray (3) eran candorosas fantasías, afirmando Celaya (4) que, dichas noticias carecen de todo apoyo histórico; no dudando en calificarlas de leyendas (5).

Sin embargo, esas leyendas o tradiciones, sin base histórica, representan una realidad subyacente, la existencia de unos usos, de una «práxis» que primero se consolidó y después fue cristalizando en unos iniciales resúmenes, siempre parciales, como puede ser el llamado Fuero de Juan Nuñez de Lara, cuaderno de 1432, que sólo era una parte mínima de las costumbres forales, o los llamados «Cuadernos de Hermandad de 1394».

Es por tanto claro y evidente que, pese a esos intentos de trasladar a texto escrito las normas jurídicas, por las que habían de regirse los vizcaínos, no son, como dice Celaya (6) propiamente Fueros, de origen consuetudinarios, sino disposiciones de carácter penal, «con el objetivo concreto de evitar las tropelías que asolaban el país».

Ahora bien, la vida, con las vendidas, trueques, y cambios, dotes, gananciales; la muerte y las sucesiones con los testamentos, la troncalidad, los derechos de los hijos, seguían regendiéndose por una serie de usos, y costumbres, que era preciso evitar que se perdiesen, o que a través de la práctica de curiales degenerase o derivase a otros usos; de ahí, la necesidad de que se escribiese y confirmase por el Rey, la norma fija y válida.

Demuestra todo ello la existencia de esas costumbres no escritas y ello se avala porque, cuando los vizcainos acordaron en Junta General celebrada en Idoibalzaga (Santa María de Idoibalzaga en Rigoitia) conferir poder y autorización a los cinco Alcaldes de Fuero, para que en unión de otras personas que al efecto comisionaron, procedieran a ordenar, coleccionar y elevar a Derecho escrito todas las franquezas y privilegios del Señorío, y los fueros de albedrío. Reunidos los comisionados en la Iglesia de Santa María de la Antigua en Guernica el 2 de junio de 1452, expusieron al Corregidor D. Pedro González de Santo Domingo, que, «como bien sabía los vizcaynos como habían sus privilegios e franquezas e libertades e otros Fueros que era de albedrío, y no estaba escritos..., por no tener las dichas franquezas e libertades, e fueros e costumbres...» la evidencia de tal acierto no pudo por menos de obtener la venia del Sr. Corregidor, el cual confirmaba que «era verdad que los dichos vizcaynos habían sus franquezas e libertades, eso mismo sus usos y costumbres, e Fuero de albedrío por donde se juzgaban e mantenían, e por non estar escritos recibían muchos daños e recrecían muchas cuestiones. Por ende a él placía de ser con ellos en ordenar e escribir las

---

(4) A. Celaya-V.O.C. Pág. 602;

(5) A. Celaya-D.º Foral y Autonómico Vasco. Tomo I, pág. 33.

(6) Adrián Celaya-G.E. Vasca-o.c.- Pág. 599

dichas franquezas e libertades, e usos e costumbres, e fuero de albedrio, en todo aquello que fuera servicio de Dios e de dicho Señor Rey e procomún de la tierra» (7).

El Fuero así redactado fue aprobado por las Juntas Generales de Guernica el 22 de julio de 1452, sin embargo, como dice Balparda (8) los nuevos privilegios concedidos al Señorío; las modificaciones que el transcurso del tiempo introdujo en las costumbres y consiguientemente en la observancia de algunas leyes y el desuso en que algunas de ellas habían caído (9) motivó que en el año 1526 las Juntas de Guernica tomaran el acuerdo de reformar el Fuero, y designaron a catorce personas para ello; «poroue entendían que eran personas Letrado y estilados en el dicho Fuero, usos y costumbres; Privilegios y Libertades de Vizcaya».

Dicha comisión terminó sus trabajos el 20 de agosto y compareció ante Corregidor la comisión, al que manifestaron que «ellos habían pasado el Fuero Viejo, lo mejor que les había parecido y reformado; quitando lo que era superfluo, y asentado y escrito otras cosas, que tenían de Fuero y costumbre que, no estaban escritos», y después de que Martín Pérez de Burgoa e Iñigo Ortiz de Ibargüez, Letrado y Síndico del Señorío, lo ordenaran por leyes y títulos y fue presentado a la Junta del Regimiento la cual dijo: «que el dicho Fuero, que nuevamente se había reformado, estaba bien y conforme a los Privilegios y libertades, Fueros y costumbres de Vizcaya».

Lo dicho hasta ahora evidencia hasta la saciedad el origen consuetudinario de nuestras viejas leyes y lo mismo que el Fuero de las Encartaciones de 1394, ya recogió un derecho tradicional oral al «no ser los fueros antiguos reducidos a escritura» por lo que acordaron en la Junta de Avellaneda, conservarlos en un «cuaderno» (10), también el Fuero Viejo y posteriormente el Fuero Nuevo que llegó vigente hasta nuestros días, son una compilación de las reglas o preceptos que formaban el Derecho consuetudinario de Vizcaya, la frase: «Otroxi dixeron: Que habían de Fuero y establecían por Ley», o bien esta otra «Otroxi dixeron: Que habían de Fuero uso y costumbre y establecían por Ley», que se ve al principio de todas las leyes da a entender bien claramente, que los ordenadores del Fuero no hicieron otra cosa que sancionar, elevar a Ley, y Derecho escrito, el uso o costumbre que ya encontraron establecido.

Pero sin remontamos a tan dilatadas fechas, en este siglo, Angulo Laguna, afirma que «ni todo lo que está en el Fuero es Vizcaíno, ni todo el derecho genuinamente de Vizcaya está en el Fuero», y en nota de pie de página añade «Sabido es que hay una porción de instituciones de derecho consuetudinario, las cuales no son objeto de este trabajo» (11).

(7) Jado. D.º Civil de Vizcaya. Pág. 117-(8) V.O.C. Pág. 118.

(9) Balpard, pág. 118.

(10) A. Celaya- El D.º Foral de Vizcaya en la actualidad.- G.E.V.- Tomo IV -Pág. 598

(11) Diego Angulo Laguna -D.º Privado de Vizcaya- Pág. 43;

Para D. José Castán Tobeñas, la importancia de la costumbre en las legislaciones forales es básica, ya que «es un rasgo común a todas las legislaciones forales el predominio de elemento espontáneo y de las formas consuetudinarias del Derecho. Este predominio se manifiesta: 1.º—En el origen consuetudinario y popular que tienen la mayor parte de las fuentes del Derecho Foral, que son (como lo demuestran sus mismas denominaciones Usages, Observancias, Buenos usos, etc.) costumbres escritas o elevadas a Ley; 2.º—En la autoridad y eficacia que se reconoce a la costumbre en las regiones forales» y añade «Mientras en el Código Civil la costumbre tiene una autoridad subordinada a la Ley, de la cual es sólo norma supletoria, en las legislaciones Forales, por el contrario la costumbre tiene una fuerza igual cuando no superior a la Ley (12).

El mismo autor y por lo que se refiere en concreto a Vizcaya dice «En cuanto a los Derechos de Vizcaya y Baleares, aunque no contengan disposiciones a cerca de las costumbres, se la supone implícitamente admitida en ellos, y son indudables la autoridad y el predominio que el Derecho consuetudinario ha ejercido en la vida de estas regiones, al igual que en las demás forales (13).

El meritado autor, al hablar del derecho foral de Vizcaya afirma que, antes de 1452, el derecho vizcaíno tuvo un carácter casi exclusivamente consuetudinario (14) y al reseñar las fuentes, dentro del derecho propio y especial de Vizcaya, inmediatamente después del Fuero del Señorío de Vizcaya de 1526, señala como fuente «Las costumbres vigentes al publicarse el Código Civil» (15).

En el mismo sentido se pronuncian Izabal y Barrachina, sin embargo, Jado no menciona la costumbre entre las fuentes del Derecho Vizcaíno.

Claro es el valor de la costumbre en la génesis de nuestro Derecho Foral, según los asertos que, compartimos, de D. Nicolás Vicario y de la Peña, el cual afirma «No debe de sorprender que esto suceda con el siglo que vivimos, tratándose con la sociedad vascongada, cuya legislación ha sido eminentemente consuetudinaria» y añade pocas líneas después «En Vizcaya es opinión unánime de cuantos se han ocupado de su constitución primitiva que ella consintió en usos y costumbres sabiamente establecidas, religiosamente observadas y fielmente transmitidas por tradición durante muchos años y siglos».

Y justifica la tardía redacción del Fuero, en base a que «no se escribieron primitivamente los usos y costumbres porque siendo cortos en número, la

(12) José Castán Tobeñas -D<sup>o</sup> Civil Común y Foral -Tomo 1- Pág. 116 -Edición 1942;

(13) Castán V.O.C. Pág. 147;

(14) Castán O.C. Pág. 89;

(15) Castán O.C. Pág. 98;

memoria de todos bastaba para conservarlos, pasaban de unos a otros, de generación en generación, como las tradiciones familiares, y así continuaron hasta que, por el crecimiento de las agrupaciones políticas, las necesidades se multiplicaron y la conveniencia general aconsejó escribirles en pequeños cuadernos» ( 16).

Y sigue con su afirmación: «Todos los civilistas y tratadistas de derecho público tanto españoles como vascongados, están conformes en que los Estados vascongados, como los demás Estados cristianos de los comienzos de la Edad Media, ni tuvieron, ni necesitaron más leyes que las leyes consuetudinarias. Escribe a este propósito el Sr. Falcón (Historia del D<sup>o</sup> Civil). Esto mismo aconteció en Vizcaya durante los primeros tiempos de la Reconquista. Su derecho fue en parte paccionado y en parte consuetudinario. Adopta desde luego el Fuero de albedrio, para las cuestiones litigiosas, porque carecían de leyes escritas; y el Fuero de albedrio produjo costumbres que, transmitidas por tradición, fueron constituyendo el derecho más venerado por los pueblos. No tuvo en mucho tiempo Vizcaya más leyes en materia civil que la Ley natural, y sus interpretes fueron los encargados de administrar justicia. Lo que produjera «usages» en Cataluña y «fazañas» en León y Castilla, produjo «usos y costumbres» en Vizcaya; nombres distintos que llevan en el fondo una misma cosa, derecho consuetudinario.

El mismo autor, D. Nicolás Vicario, recoge a renglón seguido, una cita del informe acerca de la Cosntitución vascongada, al Jurado Especial de la Exposición de París de 1867, el cual manifestaba que: «Las Leyes especiales del país euskaro descansan por sí mismas en los usos y costumbres, decisiones venerables de la sabiduría de los antepasados, consagradas por un acatamiento popular y que más tarde se consignará en los Fueros» (17).

Para terminar a modo de resumen demostrativo diremos que, el Fuero no agotó el imperio de la costumbre, antes bien que esta ha seguido subsistiendo y vigente hasta el presente; y afirma «la legislación vizcaína, consuetudinaria en su origen, no pierde ese carácter porque se escriba; lejos de comprender el Fuero cuantos preceptos había creado la costumbre, sólo contiene muchos de ellos quedando sin escribir un gran número entre el que figura parte del derecho administrativo y del civil, y todo el derecho mercantil, que se colecciona y escribe más tarde en las célebres Ordenanzas de Bilbao, base de los modernos Códigos de Comercio. El derecho de reunirse en Vizcaya en Junta General, el modo de convocar esta y sus atribuciones y modos de funcionar, quedaron sin coleccionar; de esas instituciones no habla el Fuero escrito en 1452» (18).

(16) Nicolás Vicario y de la Peña: «Costumbres administrativas de la Economía Vascongada», pág. 28

(17) Nicolás Vicario O.C. Pág. 29;

(18) Nicolás Vicario O.C. Pág. 31;

García Royo, en su voluminoso tratado, al hablar de la redacción del Fuero de 1526, dice que «la foralidad no se hallaba enmarcada sólo en el rígido derecho escrito y si en los amplios cauces del derecho consuetudinario» (19).

Pero no son sólo los juristas, también los historiadores han afirmado sin ninguna duda el origen consuetudinario de nuestro derecho foral, así Francisco Elías de Tejada afirma «El Derecho del Señorío de Vizcaya, es un derecho vascón, esto es, derecho ornado de las características del derecho común propio de las gentes vascas»; y añade «Su origen es consuetudinario y en gran parte rigen consuetudinario todavía», y ello en razón de que y como ya se ha señalado anteriormente, no todo el derecho consuetudinario vizcaíno fue recogido en el fuero, sino que, por el contrario una gran parte no se introdujo en él y así sigue su vigencia y así lo mantiene el antes citado cuando dice: «las redacciones abarcan mucha parte del Derecho privado, aunque queden zonas inmensas bajo la ferula secular, al par que movediza del derecho consuetudinario» (21) y distinguiendo entre los fueros locales urbanos concretos y otros los Fueros Generales del Señorío y a estos siempre les señala la ascendencia consuetudinaria (22), y así el «al lado de semejantes fueros locales hubo la legislación similar forjada por la costumbre y cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos, porque vinieron siendo labrados poco a poco a lo largo de los siglos en cuanto expresión de las reglas exigidas por las circunstancias de la vida de la comunidad del pueblo de Vizcaya» (23).

Es decir que antes del fuero existió siempre una costumbre, la cual se había producido por una repetición de actos aceptados por la comunidad que los consideraba acordes con sus concepciones y beneficiosos para su vida, en la vida de dicha comunidad, usos consuetudinarios que en el mismo tiempo obtienen un refrendo solemne que los transforma en Fueros (Leyes escritas).

Creemos que no cabe la menor duda del origen consuetudinario de nuestro derecho, y que tampoco queda duda sobre que nuestro derecho consuetudinario es mucho más que, la pequeña parcela del Fuero de 1526, y que desde luego mucho más que el brevísimo compendio de la Compilación de 1959, la cual eliminó la costumbre y abandonó el análisis de las líneas maestras de nuestro sistema foral (24).

Tal afirmación, totalmente errónea, y alejada de la realidad, convierte; de mantenerse ese criterio; a nuestro derecho en algo, arcaico y totalmente

---

(19) Luis García Rayo-Foralidad Civil de las las Provincias Vascongadas. Tomo I, pág. 156.

(21) Fco. Elías Sáez de Tejada, «El Señorío de Vizcaya, pág. 31.

(22) O.C. Pág. 35.

(23) O.C. Pág. 36.

(24) A. Celaya Derecho Foral y Autonómico Vasco.- Pág. 43. Tomo I.

relegado a pieza de museo, lo que es imposible de aceptar, pues al fosilizarlo y dejarlo convertido en unas reglas rígidas, no cabe resolver los problemas que el devenir de la vida suscita continuamente.

La realidad del elemento consuetudinario es tan indudable y arraigado que, hasta en la literatura ha tenido clara acogida, el escritor francés Pierre Lhande, en su entretenida novela «Mirertxu» nos narra todo el desarrollo de argucias y ficciones legales en la sucesión de un caserío en las faltas de Jaizkibel a orilla de Bidasoa, ya que cumplir la voluntad del causante supone una sucesión consuetudinaria, al estilo del Derecho Foral Vizcaíno, y sin embargo, en ese territorio rige el Derecho Común, por lo que es preciso recurrir a renunciaciones, y simulaciones para ajustar la voluntad del testador y de sus herederos a la realidad legal, impuesta contra la costumbre.

No queremos terminar esta líneas sin dejar unas puertas abiertas de par en par a la esperanza.

El Art. 149, 1.8 de la Constitución, en relación con el Art. 10.5 del Estatuto Vasco, permiten desarrollar, modificar y conservar el Derecho Civil Foral y especial, ya sea escrito o consuetudinario, lo cual y como es lógico y natural ha tenido grata acogida entre los juristas vizcaínos, y siendo precisa la modificación urgente de la Compilación, por las modificaciones que ha experimentado el Código Civil, en especial lo referente a familia y filiación. El Seminario de Derecho Foral que dentro de la Comisión de Vizcaya, de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, viene calladamente desarrollando sus tareas de estudio, ha elaborado un anteproyecto de Fuero Civil de Vizcaya y en el mismo en su Artículo 1.º y como fuente específica del Derecho Civil Foral Vizcaíno, aparece en segundo lugar de orden la costumbre.

Confiamos abiertamente en que en esta nueva etapa que ahora se inicia para nuestros viejos fueros, sea su sabia nutricia la costumbre foral, adaptada, eso sí, al momento histórico y sociológico en que vivimos.